

PARIS

47 rue de Monceau
75008 Paris
Tél. 01 53 96 20 00 - Fax. 01 53 96 20 01

LYON

7 rue de Bonnel
69003 Lyon
Tél. 04 72 61 75 15 - Fax. 04 72 61 75 89

NANTES

4 rue Maurice Sibille
44000 Nantes
Tél. 02 53 44 69 00 - Fax. 02 53 44 69 36

MONTPELLIER

33 bis rue du Faubourg St Jaumes
34000 Montpellier
Tél. 04 67 58 01 86 - Fax. 04 67 58 84 32

www.simonassocies.com



François-Luc SIMON

Associé-Gérant
Docteur en droit
Membre du Collège
des Experts de la FFF

**ACTUALITÉ
SIMON ASSOCIÉS
Page 14**

Chers Lecteurs,

Vous l'aurez compris à la seule lecture du sommaire de ce nouveau numéro de la « Lettre des Réseaux », l'actualité juridique du moment est dense. Nos commentaires concernent des décisions de justice riches de portée dans bon nombre de domaines, une directive européenne que l'on attendait plus et – *last but not least* –, le projet de réforme de la distribution alimentaire auquel nous consacrons notre étude liminaire.

Très bonne lecture.

SOMMAIRE

ETUDES :

La réforme du droit de la distribution alimentaire

Commentaire du projet de loi adopté à l'Assemblée Nationale le 11 octobre 2011

p.2

FRANCHISE :

Cass. com., 4 octobre 2011, pourvoi n°10-20956

Comptes prévisionnels et erreur du Franchisé

Cass. com., 18 octobre 2011, pourvoi n°10-23524

Préjudice commercial et annulation du contrat

CA Rouen, 15 septembre 2011, R.G. n°10/04492

Commerce alimentaire et clause de non-réaffiliation

p.7

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION :

CA Paris, 26 octobre 2011, inédit, R.G. n°09/06713

La coopération commerciale peut ne pas porter spécifiquement sur les produits du fournisseur

CJUE, 13 octobre 2011, aff. C.439/09

Le glas des interdictions de vente en ligne en matière de distribution sélective

La réforme du droit du commerce électronique

Examen du projet de loi « Lefebvre »

Directive européenne adoptée par le Conseil le 10 octobre 2011

relative aux droits des consommateurs

p.9

MARQUES :

Cass. com., 4 octobre 2011, pourvoi n°10-20.914

Les conditions de revente et l'épuisement du droit sur la marque

CA Aix-en-Provence, 19 octobre 2011, RG n°2011/385

Défaut de distinctivité de la marque, contrefaçon et nullité

CA Paris, 19 octobre 2011, R.G. n° 10/18466

Les dépôts frauduleux ne sont pas gagnants

CA Paris, 26 octobre 2011, R.G. n°09/24801

Contrefaçon de marque figurative

p.12

La réforme du droit de la distribution alimentaire

A l'heure où l'Assemblée Nationale vient tout juste d'adopter en première lecture, le 11 octobre dernier, le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, il nous faut présenter ce texte dans son ensemble.

Pour s'en tenir à l'essentiel – tout en restant complet –, il convient d'en examiner le champ d'application (I), puis d'envisager ce que le projet de loi modifie successivement dans la phase pré-contractuelle (II), au cours de l'exécution du contrat (III) et postérieurement à sa terminaison (IV).

I. Champ d'application du projet de loi

Pour ce qui concerne la question du champ d'application du projet de loi, les choses sont simples (A) en apparence (B).

A/ Les choses sont simples car, à force d'amendements, le législateur a finalement su trouver une certaine cohérence et dissiper l'essentiel des incertitudes liées à la rédaction du texte d'origine.

Désormais, en effet, le Titre IV du Livre III du code de commerce que le projet envisage d'insérer annonce un nouvel article L.340-1, dont le 1^o est relatif à la notion de « convention d'affiliation », qui constitue un instrument juridique totalement nouveau puisqu'aucune définition juridique n'en était jusqu'à présent donnée, du moins par le législateur. L'article L.340-1-I du code de commerce est (aujourd'hui) rédigé comme suit par le projet de loi : « *Est considéré comme une convention d'affiliation un contrat, conclu entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé réunissant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er}, ou mettant à disposition des services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce alimentaire au sens de l'article L. 340-2. Conclue en sus de tout autre contrat pouvant exister par ailleurs entre les parties, la convention d'affiliation comprend les informations relatives aux engagements des parties susceptibles de limiter la liberté d'exercice par l'exploitant de son activité de commerçant.* »

La notion de « magasin de commerce alimentaire » visée par ce texte est elle-même précisée à l'article suivant (L.340-2 du code de commerce), selon lequel : « *La convention d'affiliation définie à l'article L. 340-1 est obligatoire lorsque l'exploitant gère au moins un magasin exerçant une activité de commerce de détail non spécialisé en libre service et dont le chiffre d'affaires hors taxes, hors carburant, provient pour plus du tiers de la vente de produits alimentaires. Un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, définit, en tant que de besoin, les secteurs d'activité pour lesquels et les seuils de surface et de chiffre d'affaires en deçà desquels il peut être dérogé à cette obligation.* »

On le voit à la seule lecture de ce texte, les choses sont simples, pour deux raisons essentielles.

En premier lieu, la définition que l'article L.340-1-I précité donne de la « convention d'affiliation » est déconnectée de la nature du réseau dans lequel il s'inscrit ; elle vise toute forme de réseau (franchise ou autre), toute forme de relation contractuelle, sans distinction : sa vocation est générale.

En second lieu, le texte vise la distribution « généraliste ». C'est pourquoi, par suite d'un amendement (n°289), le Titre IV du Livre III annonçant cette réforme s'intitulera « *Des réseaux de distribution alimentaire* », et non plus « *Des réseaux de distribution* », comme le proposait le texte d'origine, qui pouvait ainsi donner à penser que tous les secteurs d'activité étaient susceptibles d'entrer dans le champ d'application du texte. Voilà qui est plus clair.

De la même manière, il faut revenir sur la notion même de « libre service » en faisant observer, à la lumière des discussions ayant eu lieu au sein de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale, qu'un amendement (n°317) avait tenté d'élargir la portée du texte en supprimant le terme « libre service », afin que la convention d'affiliation s'applique à tous les types de commerce ; cet amendement a été rejeté, à juste titre selon nous, au motif que le projet de loi s'inscrit résolument dans le cadre du périmètre tracé par le rapport de l'ADLC, visant essentiellement la grande distribution.

Voilà qui est plus cohérent.

De plus et surtout, il ressort tant des observations formulées par Monsieur le Secrétaire d'Etat au cours des discussions organisées devant la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale que des motifs d'un amendement (n°407) ultérieurement adopté que sont exclus du champ d'application du texte les commerces dits « commerces spécialisés », c'est-à-dire les commerces au détail exerçant des activités spécifiques, comprenant notamment « *les commerces de bouche tels que boucheries, boulangeries, confiseries, chocolateries, etc.* ». A ce titre, on notera avec intérêt que le consensus sur la rédaction du texte n'a pas été simple puisqu'un précédent amendement (n°288), qui tendait à exclure du champ d'application du texte les exploitations du secteur de la « *distribution alimentaire spécialisée* », avait été retiré en raison (notamment) de l'absence de toute notion juridique de « *distribution alimentaire spécialisée* »...

B/ Mais, en définitive, si l'on veut bien « aller au bout des choses », cette simplicité n'est qu'apparente, pour deux raisons.

En premier lieu, en effet, le renvoi effectué par l'article L.340-2 du code de commerce à un décret pris *après avis de l'Autorité de la concurrence*, destiné à définir « *les secteurs d'activité pour lesquels et les seuils de surface et de chiffre d'affaires en deçà desquels il pourra être dérogé à cette obligation* », suscite plusieurs observations. Pour les uns, le renvoi au décret n'est pas acceptable ; pour d'autres, tel que Monsieur le Secrétaire d'Etat, « *le renvoi au décret permet de préciser les secteurs d'activité concernés afin d'éviter une application trop extensive* ». Quoi qu'il en soit, il importe de savoir clairement quels secteurs d'activité entreront finalement dans le champ d'application du texte rendant la convention d'affiliation « obligatoire » ; et, il faut bien le dire, sur ce point précis – mais fondamental –, le texte n'est pas stabilisé.

En second lieu, la proportion du « tiers » prévue à l'article L.340-2 du code de commerce, critère essentiel de l'application du régime juridique découlant du projet de loi, sera délicate dans un certain nombre de cas, car l'affilié pourra parfois se trouver lui-même dans une situation tangente ; on le pressent déjà, l'incertitude liée à la détermination du chiffre d'affaires de l'affilié, dont on ne saura pas toujours à l'avance s'il franchit (ou non) ce seuil fatidique, pourra polluer l'appréciation à faire de l'applicabilité (ou non) de ce texte. Ajoutons que le seuil pourra être atteint une année et pas l'autre ; on mesure déjà l'étendue de discussions sans fin se profiler à l'horizon...

II. Relations pré-contractuelles

Pour ce qui concerne la question des relations pré-contractuelles, ce projet de loi instaure un délai de deux mois se voulant protecteur des intérêts de l'affilié (A), mais qui s'avère assez maladroit (B).

A/ Le projet de loi prévoit que toute convention d'affiliation devra, à peine de nullité, être remise à l'exploitant au moins deux mois avant sa signature ; et, selon le nouvel article L.340-1-III du code de commerce, ce contrat devra comporter des informations portant sur les conditions de l'affiliation et de la participation au groupement, les conditions d'utilisation des services commerciaux apportés à l'exploitant, le fonctionnement du réseau, les conditions de renouvellement, cession et résiliation des contrats régissant les relations commerciales découlant de l'affiliation, les obligations applicables après rupture des relations contractuelles, ainsi que le terme du contrat, lorsque celui-ci est conclu pour une durée déterminée. L'intention du législateur est donc louable puisqu'il s'agit de protéger les affiliés en leur accordant un délai significatif entre la conclusion du contrat et la date à laquelle il en aura eu connaissance pour leur permettre de disposer d'un temps de réflexion suffisant et adapté au contexte. De ce fait, la *ratio legis* de ce texte n'est pas critiquable.

B/ Mais ce régime novateur s'avère assez maladroit, tant sur la forme que sur le fond.

Sur la forme, il faut rappeler que l'instauration d'un délai de deux mois fait écho à l'une des préconisations formulées par l'avis de l'ADLC du 7 décembre 2010 (page 57, §. 214), soulignant que les affiliés pouvaient être amenés en pratique à prendre tardivement connaissance de leur contrat, alors que de nombreuses dépenses avaient été engagées, et qu'il convenait donc de leur transmettre ce contrat d'affiliation suffisamment en amont. S'il se veut protecteur, ce dispositif n'en demeure pas moins maladroit car ce délai de deux mois diffère de celui (de 20 jours) visé à l'article L. 330-3 du code de commerce. Il en résulte une distorsion, totalement injustifiée, entre les secteurs d'activité relevant du champ d'application du projet de loi et les autres (cf. le point I° ci-dessus).

Le législateur ferait donc mieux d'admettre la solution, dénuée de toute confusion, consistant à retenir que le délai applicable pour la remise de la convention d'affiliation soit le même que celui prévu pour la remise des DIP, ainsi que le suggéreraient d'ailleurs deux amendements successifs (n°287 et n° 370) trop rapidement rejetés.

Quant au fond, la réforme envisagée est également maladroite. Le contenu même du document tel qu'il résulte de la rédaction de l'actuel article L.340-1-III diffère de celui prévu par l'article R.330-1 du code de commerce. Le premier exige que soient mentionnées les informations portant sur les conditions de l'affiliation et de la participation au groupement, les conditions d'utilisation des services commerciaux apportés à l'exploitant, le fonctionnement du réseau, les conditions de renouvellement, cession et résiliation des contrats régissant les relations commerciales découlant de l'affiliation, les obligations applicables après rupture des relations contractuelles, voire le terme du contrat, lorsque celui-ci est conclu pour une durée déterminée. Or, le second vise quant à lui des informations pour partie différentes, telles que la présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat, les perspectives de développement de ce marché, ce qui n'est pas rien.

Et c'est sans y parvenir que l'on cherchera la raison pour laquelle les informations diffusées pour tel secteur d'activité ne seraient plus pertinentes pour d'autres secteurs. Cette autre distorsion a de quoi laisser perplexe.

On notera également que l'avis de l'ADLC du 7 décembre 2010, qui préconisait par ailleurs (Avis, page 58, §. 216) la remise en amont par la tête de réseau de l'ensemble de la documentation contractuelle (pouvant notamment comprendre un contrat d'approvisionnement, un contrat de bail ou de location-gérance, un pacte d'associés), propre à éclairer l'affilié, n'a pas été entendu par le législateur sur ce point.

L'article L.340-1-III précité n'exige en effet que la remise de la « convention d'affiliation » dans le délai de deux mois. Or, précisément, cette convention n'est pas le seul contrat pouvant avoir été signé entre les parties, celui-ci pouvant au contraire s'inscrire dans un ensemble contractuel. A cet égard, le projet de loi a par ailleurs abandonné l'idée – qui figurait dans le texte soumis en conseil des ministres le 1^{er} juin dernier et dans l'avis de l'ADLC du 7 décembre 2010 (page 57, §. 213) –, selon laquelle la convention d'affiliation devrait constituer un « *document unique* », se substituant aux contrats que les opérateurs peuvent avoir conclus par ailleurs ou aux liens d'autres natures éventuellement noués au sein du groupe. En pratique, il sera toutefois recommandé de remettre ces informations, déterminantes du consentement de l'affilié, dans un délai raisonnable.

III. Relations contractuelles

Le projet de loi instaure un arsenal de mesures nouvelles concernant le contenu même de la convention d'affiliation. A cet égard, il y a lieu de reprendre les trois points particuliers sur lesquels la réforme intervient : le droit d'entrée (A), la durée de la convention d'affiliation (B) et les modalités de son renouvellement (C). Certaines préconisations de l'ADLC, telles que l'interdiction des prises de participation ou la suppression des droits de priorité, n'ont fort logiquement pas été reprises par le projet de loi (D).

A/ Sensible à l'avis de l'ADLC du 7 décembre 2010 (page 60, §. 229), qui préconisait la possibilité d'étaler sur une durée courte le paiement du droit d'entrée plutôt que d'en autoriser le paiement différé jusqu'au terme du contrat, le législateur a inséré un article L.340-5 du code de commerce, auquel il ne peut être dérogé, selon lequel : « *lorsqu'une convention d'affiliation prévoit le versement de sommes constituant une condition préalable à l'établissement ou au renouvellement de la relation commerciale, le document unique mentionne la possibilité d'acquitter ces sommes soit en totalité au moment de la signature du contrat, soit en plusieurs versements, les versements dus au titre de la dernière année ne pouvant excéder 20 % du total de ces sommes. En cas de non-respect du présent article, les sommes dues à ce titre ne sont, d'ordre public, exigibles que dans la limite de 10 % par an de leur montant nominal initial, tel qu'il figure dans la convention d'affiliation.* »

B/ Pour ce qui concerne la durée de la convention d'affiliation, le projet de texte a fait l'objet de plusieurs modifications successives.

Alors que l'avis de l'ADLC du 7 décembre 2010 (page 59, §. 222) avait encouragé la réduction à 5 ans de la durée des engagements souscrits (durée à juste titre jugée trop courte par de nombreux opérateurs), le texte d'origine avait envisagé qu'un décret pris après avis de l'ADLC fixe la durée maximale de la convention d'affiliation sans que celle-ci ne puisse excéder 10 ans. Ce dispositif a finalement disparu ; désormais, le projet de loi ne prévoit plus de durée maximale, hormis dans un cas particulier.

En effet, le texte retient par ailleurs et surtout une disposition totalement nouvelle : lorsqu'une convention d'affiliation comporte une obligation d'approvisionnement de l'affilié à concurrence de plus de 80% de ses achats, elle ne peut alors jamais être conclue pour une durée supérieure à 5 ans.

Cette disposition, introduite sous couvert du respect du droit communautaire, va en définitive bien au-delà des prévisions de ce droit et nous semble donc tout à fait critiquable ; en effet, selon l'article 5.1.a) du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, lorsque la durée des contrats dépasse une durée de 5 ans, de telles clauses d'approvisionnement ne peuvent en principe pas bénéficier de l'exemption automatique prévue par ce règlement ; mais, dans ce cas, ces clauses ne sont pas nécessairement illicites : leur validité est appréciée au cas par cas lors d'un examen (individuel) du caractère restrictif de concurrence de la clause considérée.

C/ Pour ce qui concerne les modalités de renouvellement de la convention d'affiliation, l'article L.340-3-II du code de commerce énonce : « *Un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, précise le délai de préavis à respecter pour informer l'autre partie de sa volonté de ne pas renouveler la convention d'affiliation à durée déterminée, au terme de celle-ci. Lorsque la convention d'affiliation stipule une clause de tacite reconduction, la personne physique ou morale mentionnée au I de l'article L. 340-1, à peine de voir cette stipulation privée d'effet, doit obligatoirement adresser à l'affilié, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, six mois au moins avant l'expiration du délai de dénonciation du non-renouvellement de la convention d'affiliation, une notification lui rappelant la date d'expiration de ce délai et les modalités selon lesquelles l'affilié peut exprimer sa décision de non-renouvellement. Un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, précise le délai de préavis dans lequel les conventions d'affiliation tacitement reconduites peuvent être résiliées, selon qu'elles sont conclues à durée déterminée ou indéterminée.* »

Deux remarques s'imposent.

En premier lieu, ce texte introduit un mécanisme particulier quant à la décision de non-renouvellement de la convention d'affiliation, quelle que soit la clause de renouvellement stipulée au contrat. Une telle décision doit faire l'objet d'une information préalable au cocontractant, selon un préavis dont la durée est fixée par décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence.

En l'état, le non respect de ce préavis n'est pas précisé par la loi ; l'on peut raisonnablement penser qu'à défaut de respect de ce délai la convention d'affiliation sera donc renouvelée.

En deuxième lieu, un amendement du rapporteur (n°488) a permis le renouvellement tacite des conventions d'affiliation, alors que cette possibilité était exclue dans la rédaction originelle du projet de loi. Cette modification ne peut être qu'approuvée, tant il est vrai qu'interdire un renouvellement tacite aurait constitué une entrave invraisemblable à la liberté contractuelle, d'autant plus injustifiée qu'elle n'aurait pas pour autant répondu aux objectifs de la réforme. Cependant, un régime particulier est prévu en présence d'une clause de tacite reconduction :

- d'une part, par suite d'un nouvel amendement (n° 423 rectifié), l'organisation affiliante a l'obligation de fournir à l'affilié une information claire, en temps utile, du délai et des modalités lui permettant d'exprimer sa décision de non-renouvellement, ce dispositif est proche – ainsi que le souligne l'amendement susvisé – de celui institué par l'article L.136-1 du Code de la consommation, selon lequel : « *le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite* » ;
- d'autre part, un décret est appelé à préciser le délai de préavis dans lequel les conventions d'affiliation tacitement reconduites peuvent être résiliées, selon qu'elles sont conclues à durée déterminée ou indéterminée.

D/ Reste à formuler quelques observations sur deux préconisations importantes de l'ADLC, néanmoins non reprises par la réforme. En premier lieu, l'avis de l'ADLC du 7 décembre 2010 (page 61, §. 230-232) avait exprimé le souhait d'encadrer les prises de participation des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés, en interdisant purement et simplement les « clauses d'enseigne » dans les statuts des sociétés d'exploitation (ou les pactes d'associés), dès lors qu'elles confèrent un droit de veto au groupe de distribution sur toute décision relative au changement d'enseigne du magasin affilié. En second lieu, l'avis de l'ADLC (page 60, §. 225-227) avait également prôné la suppression des droits de priorité (droit de préférence ou droit de préemption), en particulier en l'absence de prise de participation au capital de l'affilié.

IV. Relations post-contractuelles

La réforme satisfait par ses silences (A), mais déçoit par les modifications qu'elle apporte (B).

A/ Précisons tout d'abord, pour être complet, que ce qui vient d'être dit au titre des prises de participation des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés et des droits de priorité (droit de préférence ou droit de préemption) vaut tout aussi bien pour la période post-contractuelle dès lors que ces deux mécanismes peuvent potentiellement s'appliquer une fois la convention d'affiliation expirée.

B/ Le projet de loi, dans sa version première, prévoyait un dispositif spécifique aux clauses de non-concurrence post-contractuelles, en instaurant trois règles nouvelles. Ainsi, était-il envisagé qu'après l'échéance ou la résiliation d'une convention d'affiliation obligatoire en application du premier alinéa de l'article L. 340-2, aucune clause ayant pour effet de restreindre la liberté d'exercice par l'exploitant de son activité commerciale ne pouvait trouver application si elle n'est pas énoncée dans cette convention. Était-il précisé en outre que, de telles clauses ne pouvaient produire leurs effets plus d'une année après cette résiliation ou cette échéance et qu'enfin de telles clauses ne pouvaient produire leurs effets que relativement aux biens et services objets de la convention d'affiliation et aux terrains et locaux à partir desquels celui qui a souscrit la convention unique d'affiliation a opéré, pendant la durée de cette convention.

Par suite de l'amendement n°406 du rapporteur, adopté à l'occasion des discussions ayant eu lieu en première lecture par l'assemblée nationale, ce dispositif spécifique a été considérablement renforcé, sans doute de manière excessive. Ainsi, le texte de l'article L. 340-6 précité, tel qu'il résulte désormais du projet de loi, prévoit-il ce qui suit :

« I. – Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'une convention d'affiliation, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit cette convention d'affiliation dans les conditions prévues à l'article L. 340-1 est réputée non écrite.

« II. - Ne sont pas soumises au I les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :

« 1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux objets de la convention d'affiliation ;

« 2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée de la convention d'affiliation ;

« 3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre de la convention d'affiliation ;

« 4° Elles n'excèdent pas un an après l'échéance ou la résiliation de la convention d'affiliation.

Ici encore, la rédaction du projet de loi va bien au-delà des dispositions du droit communautaire ; l'article 5.3 du règlement communautaire précité pose tout au plus les conditions dans lesquelles les clauses de non concurrence ne créent pas de risque concurrentiel et sont donc automatiquement exemptées ; les parties à un accord de distribution sont donc autorisées à prévoir des clauses allant au-delà des conditions que le règlement contient, tant que celles-ci ne créent pas de restriction de concurrence (les clauses font alors l'objet d'une analyse concurrentielle individuelle). En prévoyant une interdiction absolue des clauses d'une durée supérieure à un an, ou géographiquement plus étendues que les locaux du distributeur, le projet de loi interdit donc, au nom du droit communautaire, de nombreux accords qui seraient parfaitement valables au regard ... du droit communautaire de la concurrence.

A supposer que ce texte subsiste dans sa version actuelle, les réseaux de franchise devraient donc pouvoir continuer à bénéficier de telles dispositions, ce qui n'est pas le cas d'une quantité importante d'autres formes de réseaux (contrats d'enseigne, contrats de concession) qui, par définition, ne transmettent aucun savoir-faire et ne peuvent donc satisfaire à l'une des conditions imposées par l'article L.340-5 précité.

Le processus législatif n'est pas terminé. Il appartient désormais au Sénat d'examiner ce projet de loi qui, ainsi qu'on vient de le voir, comporte encore un trop grand nombre d'imperfections à tous les stades de la relation contractuelle qu'il envisage de réformer. De ce fait, il nous semble que la route est encore assez longue.

François-Luc SIMON

Gérant-Associé

Docteur en Droit

Membre du Collège des Experts

de la Fédération Française de la Franchise

DROIT DE LA FRANCHISE

Cass. com., 4 octobre 2011, pourvoi n°10-20956 Comptes prévisionnels et erreur du Franchisé

Les contentieux relatifs aux comptes prévisionnels sont fréquents en pratique. La Cour de cassation a eu à connaître d'une affaire s'y rapportant.

Au cas d'espèce, un franchisé avait sollicité l'annulation du contrat de franchise, ses résultats ayant été inférieurs de plus de 60 % aux prévisions transmises par le franchiseur et l'ayant conduit rapidement à une procédure de liquidation judiciaire.

La Cour d'appel avait rejeté la demande de nullité du contrat de franchise en retenant que :

1/ Les insuffisances ponctuelles dans la documentation remise par le franchiseur ne pouvaient être regardées, à les supposer établies, comme un élément essentiel.

2/ En sa qualité de professionnel averti du commerce (ayant exercé pendant plus de 20 ans dans le domaine de la grande distribution), le dirigeant de la société franchisée se devait d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité.

3/ Le franchiseur n'est soumis à aucune obligation de résultat sur les prévisionnels transmis.

4/ Le seul fait qu'un écart soit effectivement apparu entre les prévisions de chiffre d'affaires telles qu'indiquées par le franchiseur et les résultats concrets nés de l'exploitation du franchisé ne saurait être démonstratif, à lui seul, de l'insincérité ou du manque de crédibilité des chiffres et documents fournis par le franchiseur.

La Haute juridiction casse l'arrêt entrepris considérant que la Cour d'appel, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, n'avait pas donné de base légale à sa décision.

L'enseignement de l'arrêt est intéressant puisqu'il rappelle que la nullité du contrat peut être prononcée pour erreur découlant des prévisionnels remis par le franchiseur sans avoir à se référer un manquement à son obligation précontractuelle.

Cass. com., 18 octobre 2011, pourvoi n°10-23524 Préjudice commercial et annulation du contrat

Invoquant un manquement de son franchiseur à son obligation d'information précontractuelle, un franchisé l'avait assigné en annulation du contrat et en réparation de son préjudice. La Cour d'appel avait donné droit à la demande d'annulation du contrat de franchise, mais avait rejeté la demande d'indemnisation du préjudice commercial sollicitée par le franchisé.

La Haute juridiction rappelle que, suivant les constatations de la Cour d'appel, le franchisé indiquait avoir subi une perte de marge correspondant à la différence entre le chiffre d'affaires effectivement réalisé sous franchise et celui qui aurait dû correspondre au seuil de rentabilité.

Or, le contrat de franchise annulé est censé ne jamais avoir existé ; dès lors, le franchisé ne pouvait utilement, sauf à méconnaître les conséquences mêmes de la nullité prononcée, réclamer l'allocation d'un préjudice financier correspond à la non obtention des résultats commerciaux qu'elle eût été en droit d'attendre de l'exploitation de la franchise considérée.

Ainsi, sans surprise et logiquement, la Cour de cassation valide l'arrêt entrepris et rejette le pourvoi formé par le franchisé. Cette décision limite ainsi les contours du préjudice pouvant être sollicité par les franchisés dans le cadre du contentieux « florissant » portant sur les prévisionnels.

CA Rouen, 15 septembre 2011, R.G. n°10/04492
Commerce alimentaire et clause de non-réaffiliation

La décision commentée, relative à la validité d'une clause de non-réaffiliation insérée dans un contrat de franchise portant sur une activité de commerce alimentaire, a été rendue sur renvoi après l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 septembre 2010 (pourvoi n°09-13.888).

Cette décision de la Cour de cassation avait fait grand bruit. La Haute juridiction avait en effet cassé l'arrêt d'appel, qui avait estimé que la clause de non-réaffiliation s'analysait en une clause de non-concurrence, au motif que « *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* ». Cet arrêt avait en effet pu laisser penser que les conditions de validité des clauses de non-réaffiliation seraient distinctes de celles des clauses de non-concurrence.

Deux mois environ après la décision de la Cour de cassation, le 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence avait adopté une position contraire dans son avis (10-A-26) relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants dans le secteur de la distribution alimentaire. L'Autorité indiquait alors estimer que, dans le cadre du commerce alimentaire, l'affiliation à un groupe de distribution constituait pour les magasins indépendants un élément indispensable, et que les clauses de non-réaffiliation pouvaient, dans ce secteur, être valablement assimilées à des clauses de non-concurrence. L'Autorité de la concurrence estimait par conséquent applicables aux clauses de non-réaffiliation les conditions de validité des clauses de non-concurrence.

Faisant écho à l'appel de l'Autorité de la concurrence, le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs prévoit d'insérer dans le code de commerce un titre relatif aux « *réseaux de distribution alimentaire* ». Selon la dernière version de ce projet, la validité des clauses de non-réaffiliation comme des clauses de non-concurrence post-contractuelles contenues dans les contrats d'affiliation du secteur alimentaire est soumise à des conditions très similaires aux conditions posées par le droit communautaire de la concurrence à la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles.

C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen le 15 septembre 2011. Cet arrêt prononce la nullité de la clause de non-réaffiliation sur laquelle le franchi-seur fondait sa demande de dommages-intérêts.

En effet, bien qu'énonçant dans un premier temps que « *la clause litigieuse se distingue d'une clause de non-concurrence* », la Cour estime que, constituant une atteinte à la liberté du commerce, elle doit « *être limitée dans le temps et dans l'espace* » et être « *dictée par la nécessaire protection d'un intérêt légitime de la part du franchiseur et rester proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit, et ce au regard de la branche d'activité commerciale visée* ». Ayant posé ce principe, la Cour d'appel annule la clause de non-réaffiliation, ne l'estimant pas nécessaire à la protection du savoir-faire et en tout état de cause disproportionnée par rapport aux intérêts économiques qu'elle vise à protéger.

S'agissant de l'analyse de la nécessité de la clause à la protection du savoir-faire, la Cour d'appel de Rouen, comme précédemment l'Autorité de la Concurrence, distingue trois types d'éléments au sein du savoir-faire : les éléments communs à toutes les enseignes et indispensables à l'exercice de la profession de commerçant, qui n'ont donc pas à être protégés ; les éléments observables en magasin, qu'il n'est pas non plus nécessaire de protéger ; et enfin les éléments spécifiques à l'enseigne (comme la politique de promotion de l'enseigne) qui sont abandonnés par le franchisé à sa sortie du réseau et sont donc, selon la Cour, protégés même en l'absence de clause. La Cour ajoute qu'en l'espèce, la clause ne s'appliquait qu'en cas de résiliation anticipée du contrat et non en cas d'intervention du terme. La Cour en déduit que la clause de non-réaffiliation n'était « *en réalité pas liée à la crainte de la fuite d'un savoir-faire vers des groupes de distribution concurrents* », ce risque étant également encouru en cas d'intervention du terme.

S'agissant de la disproportion de la clause, la Cour d'appel de Rouen estime que, dans le contexte du commerce alimentaire de proximité, la clause de non-réaffiliation rend quasi-impossible l'exploitation du fonds de commerce « *privé du support d'un réseau structuré, éprouvé et notoirement connu, dans des conditions garantissant sa rentabilité* ».

CONCURRENCE / DISTRIBUTION

CA Paris, 26 octobre 2011, R.G. n°09/06713

La coopération commerciale peut ne pas porter spécifiquement sur les produits du fournisseur

Le 26 octobre dernier, la Cour d'appel de Paris a rendu un important arrêt en matière de coopération commerciale.

Bien qu'elle soit rendue sous l'empire de la législation applicable en 2004, laquelle ne prévoyait à la charge des parties au contrat de coopération commerciale que l'établissement d'un contrat en double exemplaire, les principes dégagés dans cette décision sont susceptibles d'intéresser les distributeurs, auxquels elle est favorable.

En l'espèce, un fournisseur sollicitait la nullité du contrat de coopération commerciale conclu avec une tête de réseau sur différents fondements. Parmi ses griefs, le fournisseur reprochait à son client, de ne pas avoir mis en avant spécifiquement ses produits afin d'en faciliter la revente.

En effet, la « coopération commerciale », désormais visée à l'article L.441-7 du code de commerce et contenue dans la convention unique ou le contrat-cadre annuel conclu entre le fournisseur et son distributeur, consiste généralement – en pratique – en une mise en avant des produits du fournisseur (mise en catalogue, têtes de gondoles, panneaux publicitaires, etc.).

Néanmoins, comme l'affirme la Cour d'appel de Paris, refusant toute opposabilité à la circulaire dite « Dutreil I » dans un litige entre personnes privées, rien n'impose en réalité au distributeur de mettre en avant spécifiquement les produits du fournisseur. La seule obligation à sa charge est en effet de rendre des services propres à favoriser la revente des produits du fournisseur.

En l'espèce, la Cour d'appel de Paris considère que les opérations promotionnelles réalisées par le distributeur profitaient nécessairement au fournisseur, même si elles n'identifiaient pas nommément ses produits, dès lors qu'elles avaient pour objet de vanter les produits revendus dans le réseau de distribution, parmi lesquels figuraient ceux du fournisseur.

Cette solution est conforme au texte de loi, y compris dans ses dispositions actuellement en vigueur. Cependant, les juridictions pourront souhaiter limiter l'application de cette jurisprudence aux seuls secteurs d'activité qui, comme dans l'espèce commentée (relative au secteur de la distribution de fleurs), ne permettent pas, ou difficilement, d'identifier le fournisseur et ses produits dans la communication adressée aux consommateurs.

CJUE, 13 octobre 2011, aff. C.439/09

Le glas des interdictions de vente en ligne en matière de distribution sélective

La Cour de justice de l'Union européenne avait été saisie par la Cour d'appel de Paris d'une question préjudicielle opposant un fabricant de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle à l'Autorité de la concurrence, concernant l'interdiction absolue de revente en ligne insérée dans les contrats de distribution du fabricant. En effet, à la différence d'autres fournisseurs du même secteur d'activité, le fabricant en cause avait refusé de retirer de ses contrats la clause d'interdiction de vente en ligne. A titre préliminaire, on rappellera que cette décision est rendue sous l'empire du règlement d'exemption par catégorie n° 2790/1999, depuis remplacé par le règlement n° 330/2010.

La CJUE, sans surprise, poursuit la démarche de libération du e-commerce, en jugeant que l'interdiction de vente en ligne est une restriction de la concurrence par l'objet, excluant l'exemption par catégorie à défaut de justification objective.

Pour la Cour, une telle justification ne peut pas être constituée, pour le type de produits en cause, par la nécessité de fournir un conseil personnalisé, ou de préserver l'image de prestige des produits. Il appartiendra à la Cour d'appel de Paris de se prononcer sur une éventuelle exemption individuelle, qui apparaît néanmoins exclue eu égard aux termes de la décision rendue par la CJUE.

La réforme du commerce électronique

Examen du projet de loi « Lefebvre »

Le projet de loi dit « Lefebvre » a été voté le 11 octobre dernier à l'Assemblée Nationale et se trouve désormais soumis à l'examen (attentif) du Sénat. Ce projet de loi bouleverse notablement le commerce électronique, au moyen de six mesures nouvelles et complémentaires, qu'il convient de reprendre une à une.

1/ Le projet de loi assortit de sanctions administratives dissuasives les manquements aux dispositions du code des postes et communications électroniques encadrant la prospection commerciale directe au moyen de courriers électroniques, que les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (CCRF) peuvent déjà contrôler. Le projet de loi prévoit d'insérer un avant-dernier alinéa à l'article L.34-5 précité, selon lequel : « *Sans préjudice des dispositions de l'article L. 36-11 du présent code, les manquements au présent article sont sanctionnés par une amende administrative prononcée par l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, dont le montant ne peut être supérieur à 15 000 €, en application du VII de l'article L. 141-1 du code de la consommation. Si un même manquement a déjà fait l'objet d'une sanction pécuniaire, la sanction pécuniaire prononcée est limitée de sorte que le montant total des sanctions pécuniaires ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.* »

2/ Le projet de loi renforce l'information précontractuelle de l'acheteur en ligne et oblige les professionnels à indiquer dans le contrat plusieurs mentions essentielles. Ainsi, alors que l'actuel article L.131-18 du code de la consommation prévoit que l'offre de contrat doit comporter « *la durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci* », ce texte devrait prochainement ajouter : « *Sont également indiquées les informations relatives à la garantie légale de conformité mentionnée à la section 2 du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre II du présent code et à la garantie légale des défauts de la chose vendue dans les conditions prévues aux articles 1641 à 1648 et 2232 du code civil pour les contrats mentionnés à l'article L. 211-1 du présent code ainsi que, le cas échéant, les informations relatives à la garantie commerciale et aux prestations de services après-vente mentionnées, respectivement, à l'article L. 211-15 et à la section 6 du même chapitre I^{er}.* »

3/ Par l'insertion d'un dernier alinéa à l'article L. 121-18 du code de la consommation, le projet de loi impose, à l'ensemble des professionnels de rendre le plus facilement accessibles, au moment de l'offre, les conditions contractuelles, qu'elles soient générales ou particulières, applicables à la vente d'un bien ou à la fourniture d'une prestation de service à distance, à partir de tout support de communication utilisé pour leur offre commerciale, et notamment la page d'accueil du site internet marchand.

4/ Le projet de loi prévoit l'augmentation des pénalités pour non remboursement des sommes versées en cas de rétractation du consommateur dans le délai légal de 7 jours prévu à l'article L.121-25 du code de la consommation (lui-même appelé à être allongé à 14 jours par l'effet de la transposition de la récente directive communautaire relative aux droits des consommateurs), afin que celles-ci soient suffisamment dissuasives et que le remboursement intervienne dans les délais.

Désormais, « *le vendeur est tenu de rembourser le consommateur, par tout moyen de paiement, de la totalité des sommes versées, dans les meilleurs délais et, au plus tard, dans les 30 jours à compter de la date à laquelle ce droit (de rétractation) a été exercé* » et, au-delà de ce délai de 30 jours, la somme due sera « *de plein droit productive d'intérêts au double du taux légal en vigueur.* »

5/ S'agissant des contrats de transports (hors déménagement précise le texte), le projet de loi donne au consommateur le droit d'exiger la vérification intérieure et extérieure des colis et la possibilité d'agir contre le voiturier si celui-ci ne lui a pas permis d'effectuer cette vérification. En cas de non-respect de ces obligations, le consommateur bénéficie d'un délai de 10 jours (au lieu de 3 jours actuellement) pour émettre des protestations lorsque le voiturier ne justifie pas lui avoir laissé la possibilité de vérifier effectivement leur bon état.

6/ Le projet de loi modernise enfin les moyens d'action juridique de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation qui peut ainsi œuvrer dans trois registres distincts, dont les modalités précises de mise en œuvre doivent être précisées ultérieurement par un décret en Conseil d'État.

Directive européenne adoptée par le Conseil le 10 octobre 2011
relative aux droits des consommateurs

Trois ans après la proposition du 8 octobre 2008, la directive relative aux droits des consommateurs vient (finalement !) d'être adoptée par le Conseil le 10 octobre 2011 ; elle a fait l'objet d'un bref communiqué. Ce texte, qui concerne pour l'essentiel les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux ainsi que les contrats à distance, a vocation à procurer une protection supplémentaire au consommateur. Signe d'une avancée significative en la matière, cette nouvelle directive fait quasiment table rase du passé puisqu'elle :

- modifie la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil ;
- et abroge deux (trop anciennes) directives, à savoir : la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Ces directives ont donc été réexaminées à la lumière de l'expérience acquise, dans le but de simplifier et d'actualiser les règles applicables et d'éliminer les incohérences et les lacunes indésirables. Cette nouvelle directive tend donc à définir des règles standards pour les aspects communs des contrats à distance et hors établissement, en s'écartant du principe d'harmonisation minimale présent dans les anciennes directives, tout en permettant aux Etats Membres de maintenir ou d'adopter des règles nationales concernant certains aspects.

Si ces contrats sont principalement visés, même lorsqu'ils portent sur un contenu numérique (19^{ème} considérant), ce sont l'ensemble des ventes et prestations de service, à l'exception notamment des contrats portant sur les jeux d'argent, des contrats de construction d'immeubles neufs ou des contrats établis par un officier public (Directive, art. 3) qui ont vocation à être concernés par l'obligation de fournir une série d'informations précontractuelles prévue à l'article 5. Le législateur français devra donc imposer au professionnel de transmettre des informations nouvelles telles celles relatives aux « *fonctionnalités du contenu numérique* » (Directive, art. 5.1.g).

Cependant, l'article 5 étant d'harmonisation minimale, le droit interne pourra conserver les obligations d'information absentes de la directive, notamment celles imposées par l'article L. 111-2 du Code de la consommation au professionnel prestataire de services, depuis la transposition en droit interne de la directive n° 2006/123/CE relative aux services (L. n° 2010-853, 23 juill. 2010).

La liste des informations qui doivent être fournies avant que le consommateur « *soit lié par un contrat à distance ou hors établissement ou par une offre analogue* » est toutefois d'harmonisation totale. Il importera donc d'enrichir les articles L. 121-18 et L. 121-23 du Code de la consommation de dispositions relatives aux fonctionnalités du contenu numérique et d'apporter également des précisions sur les frais à supporter par le consommateur en cas de rétractation exercée par celui-ci.

Cependant, dès lors que l'article 6.8 de la directive prévoit que ce texte prime en cas de conflit en matière d'information avec une disposition de la directive n° 2006/123/CE susvisée, le législateur français devra – pour être conforme à ce type d'harmonisation – écarter les dispositions de l'article L.111-2 du Code de la consommation pour le cas où les contrats porteraient sur des services.

Les dispositions relatives au droit de rétractation, de nature à renforcer notablement la protection du consommateur, sont également d'harmonisation totale. Cette solution est logique.

Le délai, à l'heure actuelle de 7 jours, est porté au double. Il est prorogé à 12 mois, contre 3 mois dans le droit français des contrats à distance, en cas de défaut d'information (C. consom., art. L. 120). Le droit de rétractation est étendu aux ventes aux enchères en ligne proposées par un professionnel (24^{ème} considérant).

La nouvelle directive autorise les États membres à « *étendre son application à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs* » (13^{ème} considérant) ; ce faisant, le législateur français pourrait donc parfaitement, lors de la transposition du texte – prévue pour la fin de l'année 2013 –, asseoir l'extension de la protection aux « *non professionnels* ». C'est dire l'attention particulière qu'il convient d'y apporter.

DROIT DES MARQUES

Cass. com., 4 octobre 2011, pourvoi n°10-20.914

Les conditions de revente et l'épuisement du droit sur la marque

La règle de l'épuisement des droits sur la marque pose la règle simple selon laquelle le titulaire d'une marque ne peut plus s'opposer à la circulation et la commercialisation de produits authentiques, mis dans le commerce sur le territoire de l'E.E.E., avec son consentement, sauf s'il justifie d'un motif légitime pour s'y opposer. Cette règle trouve un domaine d'application particulier en matière de vente hors réseau de distribution ; elle est en effet généralement opposée par le tiers au réseau poursuivi en contrefaçon par le titulaire de la marque.

Dans cette affaire, une grande maison française du luxe agissait à l'encontre d'une société qui, après avoir acquis des produits à l'occasion d'une vente aux enchères organisée suite à la liquidation d'un distributeur agréé, avait ensuite proposé à la vente ces produits dans des conditions fort éloignées de l'environnement de la marque. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu la contrefaçon de la marque.

Selon les juges du fond en effet, le titulaire de la marque disposait d'un juste motif pour s'opposer à la commercialisation en raison des conditions de présentation minimaliste des produits, entourés de bacs contenant d'autres articles en vrac, et les moyens de publicité de médiocre qualité incompatibles avec l'image de produits de luxe Chanel, et qui portaient atteinte à la renommée de la marque. En outre, le titulaire de la marque n'avait pas consenti à une nouvelle commercialisation puisque, précisément, il avait manifesté son opposition à la vente dès qu'il en avait eu connaissance, et avait même proposé de racheter le stock.

On se félicitera de cette décision qui privilégie les intérêts du titulaire de la marque. En effet, il nous semble légitime que les mauvaises conditions de revente de produits de luxe, qui sont de nature à affecter l'image et la valeur de la marque, écartent la règle de l'épuisement des droits et autorisent le titulaire de la marque à poursuivre en contrefaçon.

CA Aix-en-Provence, 19 octobre 2011, RG n°2011/385

Défaut de distinctivité de la marque, contrefaçon et nullité

On le sait, pour constituer une marque valable, le signe doit présenter un caractère distinctif, ce qui exclut donc les signes nécessaires, génériques ou usuels. Cette condition est examinée par l'INPI lorsqu'il reçoit une demande d'enregistrement. Toutefois, quand bien même la marque serait enregistrée, son caractère distinctif peut être contesté par la voie judiciaire, et le juge peut prononcer la nullité de la marque si ce caractère fait défaut. Aussi, ce n'est pas parce qu'on dispose d'un titre que la validité de celui-ci ne peut pas être contestée ensuite ; cela est fréquemment invoqué par le défenseur à une action en contrefaçon qui cherche à contester la validité du titre fondant l'action. En l'espèce, le titulaire d'une marque, qui agissait en contrefaçon en raison du dépôt et de l'usage d'un signe similaire à sa marque, se voyait opposer par le défendeur à l'action, la nullité de sa marque pour défaut de distinctivité. Un tel argument est classique.

La Cour d'appel rappelle, en premier lieu, qu'une marque est (ou non) distinctive, mais ne saurait être fortement ou faiblement distinctive, comme l'a décidé à tort le Tribunal de grande instance. On se félicitera d'un tel rappel des principes. Examinant ensuite la question de la contrefaçon de la marque, la Cour rappelle qu'une marque doit être arbitraire, ce qui exclut notamment les signes ou dénominations qui sont, soit exclusivement la désignation du produit ou du service, soit pouvant servir à en désigner une caractéristique. En l'espèce, la marque « DECO-BETON » est considérée par la Cour comme n'étant pas distinctive pour désigner du béton ciré. Cette décision, qui revient sur quelques principes essentiels, nous rappelle l'importance d'être assuré de la distinctivité de sa marque avant d'engager une action en contrefaçon au risque, sinon, d'échouer dans son action mais aussi de voir la nullité de la marque prononcée ...

CA Paris, 19 octobre 2011, R.G. n° 10/18466
Les dépôts frauduleux ne sont pas gagnants

Le signe choisi comme marque ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers. En effet, le signe doit être disponible, ce qui suppose qu'aucun droit antérieur sur celui-ci ne soit déjà constitué ; ces antériorités peuvent être de plusieurs natures et ne consistent pas nécessairement en une marque antérieure. Celui qui s'estime victime d'une fraude peut exercer une action en revendication afin de récupérer la propriété de la marque qui aura été déposée en fraude de ses droits.

Dans cette affaire, une société exerçait une action en revendication de la propriété d'une marque à l'encontre de celui qui, pendant de nombreuses années, avait été le directeur commercial de cette société. Il avait cru pouvoir déposer comme marque la dénomination qui constituait par ailleurs la dénomination sociale de la demanderesse. Le Tribunal de grande instance avait accueilli cette action en revendication. Sa décision est approuvée par la Cour d'appel aux termes de cet arrêt rendu sur le fondement des articles L.712-6 du code de la propriété intellectuelle, qui permet à la personne estimant avoir un droit sur une marque d'en revendiquer la propriété, et L.711-4 du même code selon lequel ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs.

En l'espèce, la demanderesse ne disposait plus de marque sur la dénomination en cause faute d'avoir procédé à son renouvellement ; toutefois, la Cour prend soin de relever que c'est en tant que dénomination sociale qu'elle faisait valoir ses droits sur ce signe. Elle caractérise ensuite l'intention frauduleuse du déposant au regard des faits de l'espèce. En effet, il ne pouvait ignorer les droits antérieurs sur la dénomination sociale de la société dont il avait été salarié pendant plus de six ans. En outre, il avait présenté une offre de reprise des actifs de cette société dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire dont elle faisait l'objet. Enfin, des éléments versés aux débats permettaient d'établir qu'il avait tiré indûment profit de la valeur patrimoniale attachée à la dénomination sociale de la demanderesse.

L'action en revendication permet de transférer la propriété de la marque déposée en fraude des droits d'un tiers. Cette action en revendication permet ainsi à celui qui, n'ayant pas déposé à titre de marque un signe qu'il exploite ou, comme en l'espèce, n'ayant pas renouvelé sa marque, de récupérer celle qui aura été déposée en fraude de ses droits par un tiers à condition toutefois d'établir l'intention frauduleuse.

CA Paris, 26 octobre 2011, R.G. n°09/24801
Contrefaçon de marque figurative

Différents types de signes sont susceptibles de constituer une marque valable à condition de remplir les conditions de validité applicables à tout type de marque. En l'espèce, l'affaire concernait une marque d'un type particulier puisqu'il s'agissait d'un motif à carreaux, bien connu du grand public. La société qui l'exploite, dans le cadre de la commercialisation de vêtements et autres accessoires de luxe, dans les couleurs beige, blanc, rouge et noir avait décliné ce motif dans différentes combinaisons de couleurs. Déjà titulaires de plusieurs marques, elle avait ensuite déposé ledit motif sans revendication de couleur.

Constatant la commercialisation de parapluies dans un tissu constituant, selon elle, une imitation de la structure particulière de son « carreau », elle engageait donc une action en contrefaçon. La validité de la marque fondant son action était alors contestée à plusieurs titres ; c'est là l'intérêt de la décision commentée.

La Cour examine, en premier lieu, la contestation de la validité de la marque fondée sur une prétendue intention frauduleuse. Selon la défenderesse, le dépôt sans revendication de couleur traduit une volonté de s'appropriier indûment toutes les combinaisons et nuances de couleurs possibles d'un carreau écossais largement utilisé par de nombreux opérateurs économiques. L'argument n'est pas retenu par la Cour, qui constate que le motif à carreaux déposé sans revendication de couleur, est identique à celui déposé à titre de marque dans les couleurs beige, noir, blanc et rouge, exploité intensivement depuis les années 1920, sans qu'il soit prouvé que d'autres opérateurs en fasse usage. Quant au caractère distinctif de la marque également contesté, la Cour mène une analyse détaillée des lignes et des croisés composant le motif pour conclure à sa distinctivité. Enfin, la prétendue insuffisance de détermination est également rejetée. Malgré la validité confirmée de la marque, la Cour écarte la contrefaçon faute de risque de confusion.

ACTUALITE SIMON ASSOCIES

PROCHAINS EVENEMENTS

SIMON ASSOCIES sera présent au Salon des Entrepreneurs de Nantes du **16 au 17 novembre 2011**.

☛ **Pour en savoir plus**

Me François-Luc SIMON interviendra le **16 novembre 2011** à la Conférence organisée par la « Revue des Contrats » pour y représenter la position des franchiseurs.

SIMON ASSOCIES sera présent au MAPIC du **16 au 18 novembre 2011** au Palais des Festivals à Cannes. Une conférence sera donnée le 17 novembre à 18h par Me François-Luc SIMON et Michel KOVALENKO (de SIB), sur les problématiques liées au respect du concept dans les réseaux de distribution.

☛ **Pour en savoir plus**

Me François-Luc SIMON interviendra le **30 novembre 2011** à la Conférence juridique annuelle de la FFF au sujet du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs.

☛ **Pour en savoir plus**

SIMON ASSOCIES organise le **1^{er} décembre 2011** une conférence, en partenariat avec l'Observatoire de la Franchise, intitulée « Repositionnement : entre rajeunissement et déclinaison du concept de franchise ».

☛ **Pour en savoir plus ou vous inscrire**

SIMON ASSOCIES sera présent au Salon des Services à la Personne qui se tiendra du **1^{er} au 3 décembre 2011** à la Porte de Versailles.

Me François-Luc SIMON interviendra le **27 janvier 2012** à la Cour de cassation dans le cadre d'un séminaire consacré à la franchise.

SIMON ASSOCIES et l'EFE réitèrent le **2 février 2012** leur conférence annuelle consacrée à l'actualité du droit de la franchise.

☛ **Pour en savoir plus ou vous inscrire**

SIMON ASSOCIES sera présent du **18 au 21 mars 2012** au Salon Franchise Expo Paris et disposera d'un stand situé au village des Experts de la Fédération Française de la Franchise.

PROCHAINES PUBLICATIONS

Trois questions à Me François-Luc SIMON
(à paraître in « Semaine juridique - Entreprise et Affaire »)

François-Luc SIMON : le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs.
(à paraître in « Revue Contrats Concurrence Consommation – Décembre 2011 »)